

治療行為論の史的考察（一）

——ドイツ刑法の判例・学説を中心に——

天 田 悠

序

- 一 問題意識と本稿の目的
- 二 分析の手法と本稿の構成

第1章 第二次世界大戦前の展開

第1節 前 史：治療行為論の揺籃期

第2節 ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」（RGSt 25, 375）

第1款 本判決の意義

第2款 学界の反応

第3節 治療行為論の「高揚」

第1款 バールとリリエントールの見解：治療行為傷害説（正当化モデル）の援護

第2款 シュトースとカールの見解：治療行為非傷害説（構成要件モデル）の整備

第4節 身体利益説の胎動：ベーリングの見解を中心に

第1款 刑法改正論議

第2款 ベーリングの身体利益説

第5節 第二次世界大戦前夜の治療行為論：エンギッシュとエベルハルト・シュミットの見解を中心に

第1款 エンギッシュの見解

第2款 エベルハルト・シュミットの見解

第3款 治療行為論をとりまく法的状況の変容

第6節 小 括

（以上、本号）

第2章 第二次世界大戦後の展開

第1節 戦後復興期の議論

第2節 治療行為論の変転：3つの理論的アプローチをめぐって

第3節 小 括

第3章 ドイツ治療行為論の系譜とその現代的意義

第1節 総 説

第2節 治療行為傷害説（正当化モデル）の系譜

第3節 治療行為非傷害説（構成要件モデル）の系譜

第4節 小 括

結 語

(以上、本誌65巻1号)

序

一 問題意識と本稿の目的

1 問題意識

刑法（学）において、医師の治療行為は、人の身体・健康に必然的に干渉するその問題性ゆえに、構成要件論、法益論、違法（阻却）論をはじめ、古くから犯罪論の試金石として扱われてきた。そして現在、わが国の通説において、医師の治療行為は、刑法204条の傷害罪⁽¹⁾の構成要件に該当し、それが、患者の生命・健康を維持・回復する必要があるときに行われ（医学的適応性）、医学的に認められた正当な方法で行われ（医術的正当性）、患者に対して十分な説明ないし情報提供をしてその承諾を得て行われたかぎり（患者の承諾）、刑法35条後段の正当（業務）行為として違法性が阻却される、と解されている⁽²⁾。

しかし、治療行為の適法化判断については、自明のようにみえてその実不明な点も多い。たとえば、性別適合手術や美容整形手術の場合、臨床試験や治療の実験の場合、患者の意思に反し、または患者の承諾を得ずに行う治療行為（専断的治療行為）の場合、さらに、精神障害者や未成年者などの承諾能力が欠ける者に対する治療行為の場合に、医学的適応性、医術的正当

性、患者の承諾にそれぞれ瑕疵があると思しき行為は刑法上許容されるのか、もし許容されるとすれば、その限界および範囲がどこまで及ぶのかは、必ずしも明白とはいえないように思われる。

これらの問題を解明するためには、まず、治療行為にかかる議論の根幹に立ちかえた基礎研究が必要になると考える。すなわち、刑法上、医師の治療行為をめぐる議論が、どのような歴史的、理論的または社会的背景のもとで生成・展開され、それがどのような変遷を経て現在のようなかたちとなったのかを明らかにすることが求められる。

もちろん、これまでの議論の歴史的生成過程を解明したからといって、現在の諸問題に対する解答がただちに得られるというわけではない。しかし、過去の議論を適切に認識し、これによって現在の議論を相対化するという作業は、およそ問題解決のためには不可欠であり、そのためには、まず、わが国の議論に多大な影響を与え、この分野に関して多くの蓄積があるドイツの議論の淵源を突きとめ、その出発点と到達点を示す必要があると考える。

2 本稿の目的

以上のような問題意識に基づいて、本稿では、わが国の議論に示唆を得るための基礎研究のひとつとして、ドイツ刑法における議論の歴史的発展過程をたどり、現代的諸課題を考察する際の基本的視座の獲得を目的とする。

二 分析の手法と本稿の構成

1 分析の手法

ここで、以上の目的を達成すべく、本稿の分析の手法をあらかじめ示しておきたい。

まず、本稿が検討対象とする時間的範囲は、主として、ドイツ現行刑法典制定以降の判例・学説の議論とする。史的素描の出発点をドイツ現行刑法典制定期に設定する理由は、現在の議論の源流がこの時期に求められるからで

あり、はじめにこの揺籃期の議論を適切に認識しなければ、その後の判例・学説の議論を正確に理解することはできないと考えるからである。

つぎに、もっぱら叙述の便宜をはかるために、本稿が検討対象とする「治療行為」概念をあらかじめ規定しておきたい。⁽³⁾

刑法上、治療行為の概念は必ずしも確定されるにはいたっていないが、ドイツの判例、学説および刑法改正草案において一致をみているのは大要以下の点であり、本稿もこの概念定義に従うこととする。⁽⁴⁾これによれば、治療行為とは、疾患の存在もしくは予防を前提として、医学上の必要性、つまり医学的適応性があり、医学準則（レーゲ・アルティス、レックス・アルティス）、⁽⁵⁾大学医学（Schulmedizin）または「良心的な医師の慣行／諸原則（Übung/ Grundsätze eines gewissenhaften Arztes）」⁽⁶⁾に適合し、患者（もしくはその法定代理人）の承諾を得て行⁽⁷⁾う行為のことをいう。⁽⁸⁾⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾⁽¹²⁾

たとえば、外科手術、注射といった患者の身体に直接干渉する行為のほか、放射線治療、⁽¹³⁾化学療法、医薬品の処方のような身体⁽¹⁴⁾の内部に影響を及ぼす行為も、本稿の検討対象である。これに対して、純粹に美容上の理由に基づく整形手術、単なる研究目的で行⁽¹⁵⁾う臨床試験、人体実験・非治療的実験、第三者提供目的で行われる献血および骨髄・血漿提供、移植目的等で行われるドナーからの臓器・組織摘出、墮胎・人工妊娠中絶等のほか、⁽¹⁶⁾脈拍測定、聴診、超音波検査、⁽¹⁷⁾血圧測定のような一定の軽微な侵襲は、本稿の検討対象からは外れることになる。

なお、治療行為の主体は医師とは限らない。看護師その他の医療従事者、素人、および無免許医による治療行為も本稿の検討対象である。次章以降において、医師の治療行為、外科医の手術行為といった表現を用いることもあるが、これは、行為主体の限定を意図して使用するものではない。⁽¹⁸⁾

2 本稿の構成

本稿における考察は、つぎのような順序で行われる。まず、ドイツ現行刑

法典制定期から第二次世界大戦前までの展開過程を跡づけ（第1章）、ついで、第二次世界大戦後の議論の変遷を素描する（第2章）。そのうえで、以上の歴史的記述から得られた知見を総合し、ドイツにおける議論の到達点とその現代的意義を析出する（第3章）。

第1章 第二次世界大戦前の展開

第1節 前史：治療行為論の揺籃期

ドイツにおいて、治療行為の（刑）法的評価をめぐる議論が展開されるにいたったのは、1878年から1890年までに、社会保険制度が一連の法規で制定されたことに由来する。すなわち、これらの法規の制定によって、医師・患者関係が、私法上の契約という性格を次第に失っていき、医療過誤等の損害賠償事件を民事裁判や和解によって解決することができなくなっていった。こうした事情を受けて、国家は、医師に対する刑事制裁の可能性を示し、このことが、ドイツにおける（とくに刑法学の分野での）治療行為論研究の背景をなしたものと考えられる⁽¹⁹⁾。

そして、以上のような社会的事情を背景として、医療過誤が民事の問題から刑事のそれへと移行していくとともに、治療行為の⁽²⁰⁾刑法的評価も関心を集めるようになっていった。とはいえ、この当時の議論は、刑法体系書の総論部分では被害者の承諾論、各論部分では傷害罪の章などで若干触れられる程度の位置づけであり、犯罪論体系の構築を至上命題としていた刑法学者たちの講壇事例の域を出るものではなかった。しかし、そのような議論状況を打破するきっかけとなる判決が登場した。ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」がそれである。以下、その内容をみていこう。

第2節 ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」（RGSt 25, 375）

第1款 本判決の意義

本件は、自然療法の信奉者であった父親が事前に反対したにもかかわらず

ず、手術が是非とも必要な状態であった7歳の女兒に対し外科手術を行った医師が、(当時の)ライヒ刑法典(das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich: Reichsstrafgesetzbuch) 223条1項の傷害罪⁽²¹⁾で起訴された事案である。ライヒ裁判所は、ライヒ刑法223条1項における「身体的に虐待し(körperlich mißhandeln)⁽²²⁾」という文言が、「直接的・物理的に身体組織に加えられた侵害(Verletzung)⁽²³⁾すべてを含む」として、この侵害によって現に損なわれた身体の不可侵性(körperliche Unversehrtheit)の侵害が、少なくとも、身体の重要な構成要素の侵害にあたり、「あらゆる場合において、この患者の治療を引き受けてもらうように、とにもかくにも、まさにこの医師を呼んだのは、患者ないしその近親者および法定代理人の意思なのである⁽²⁴⁾」から、この意思を欠く以上、それは違法な身体傷害を構成すると判示し、検察官の上告を受けて、原判決を破棄し、差し戻した。⁽²⁵⁾

本判決は、1851年のプロイセン刑法典(Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten)⁽²⁶⁾ 187条のカズイスティックな文言のかわりに、(当時の)ライヒ刑法典223条の、もっともひろく一般的な意味における「身体的に虐待し」という文言を妥当とし、本件医師の外科手術行為は、客観的にみて身体傷害に該当する、と指摘している。⁽²⁷⁾

ライヒ裁判所1894年判決が呈示したこの「同意原則」は、その登場当初こそ、個別事案において範とされていたにすぎなかったが、次第に民事・刑事を問わず多くの判決に影響を及ぼすようになり、1930年代以降は、リーディング・ケースとしてその地位を不動のものとした。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾

第2款 学界の反応

1 本判決に対し、カール・ビンディング(Karl Binding)は、ライヒ裁判所が、「きわめて民事法的な見方にとらわれており、おしなべて医師・患者間契約に基づいて論証を行った⁽³⁰⁾」として、その理由づけに不満の声をもらし、リヒャルト・シュミット(Richard Schmidt)も、「医師に課せられ

た業務権限の内容および範囲」が、もっぱら「患者の法的意思によって規定されなければならない」とすれば、それは、「恣意的な結論」をもたらすおそれがある⁽³¹⁾、として危惧感をあらわにしていた。

2 たしかに、ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」は、刑法学説からきびしい批判を浴びこそしたが、本判決が、「治療行為の実施にあたって、医師は、原則として、患者本人の同意（Zustimmung）を得なければならない」⁽³²⁾（同意原則）と宣言したことは、今日にいたるまで支持を得つつけている。その意味で、ライヒ裁判所が、19世紀末葉にすでに、患者の自律（Autonomie）が有する高次の価値（「患者の意思は最高の法である（voluntas aegroti suprema lex）」）⁽³³⁾を強調していたことは注目に値するし、また、本判決は、その後、約100年以上にわたって、いまなお意義を有しつづけているといえよう。

3 しかし、当時の刑法学説の多くは、医学上適正に行われた治療行為が「当然に」不処罰であるとみなしていた⁽³⁴⁾。この当時の論者は、医師の治療行為が不処罰となる根拠を、慣習法（Gewohnheitsrecht）、⁽³⁵⁾医師の業務権（Berufsrecht）、⁽³⁶⁾治療目的、⁽³⁷⁾被害者の承諾、⁽³⁸⁾民法上の事務管理等⁽³⁹⁾に求めていた。このような当時の状況に照らせば、治療行為論という問題領域が自覚的に展開されるには、いまだ程遠い状況にあったといわざるをえない。それでも、アウグスト・フィンガー（August Finger）⁽⁴⁰⁾の論考「外科手術と医療行為」が全刑法雑誌（ZStW）に掲載され、アレキサンダー・グラーフ・ツー・ドーナ（Alexander Graf zu Dohna）⁽⁴¹⁾をして、「手術と傷害の関係に関する諸論稿の真なる高揚」が存在するといわしめたことからすれば、治療行為論⁽⁴²⁾は、19世紀末葉から徐々に形成されていったものと考えられる。

第3節 治療行為論の「高揚」

当時の議論の主たる争点は、もっぱら、治療行為の犯罪論体系上の地位の問題にあった。すなわち、治療行為は刑法223条の傷害罪の構成要件に該当

し、その違法性が阻却されるためには、原則として、「患者の承諾」が必要であるとする「治療行為傷害説（正当化モデル）」⁽⁴³⁾と、治療行為が医学上適正に行われたとき、それは、違法阻却について論じるまでもなく、はじめから傷害罪の構成要件には該当しないとする「治療行為非傷害説（構成要件モデル）」⁽⁴⁴⁾との対決が、学説上クローズアップされたのである。⁽⁴⁵⁾

そこで以下では、このふたつの説の内容を跡づけ、その主唱者たちの議論の共通点・相違点を抽出していくこととする。

第1款 バールとリリエントールの見解：治療行為傷害説（正当化モデル）の援護

1 ルートヴィッヒ・フォン・バール（*Ludwig von Bar*）は、まず、「被[・]施[・]術[・]者[・]の[・]同[・]意[・]を[・]得[・]な[・]い[・]治[・]療[・]行[・]為[・]な[・]ど[・]あ[・]り[・]え[・]な[・]い[・]」⁽⁴⁶⁾と宣言する。バールによれば、患者の承諾は、医的侵襲に「治療行為」というメルクマールを付与する機能を有しており、被害者の承諾の法理に基づいて解決される同意傷害や医的侵襲一般の問題と、患者の承諾が必要となる治療行為の問題とは別論に属する。

カール・フォン・リリエントール（*Karl von Lilienthal*）も承諾の重要性を強調し、患者の承諾は、「医師の行為の許容性にとっての基礎（Fundament）」⁽⁴⁷⁾ではなく、「柵（Schranke）」である、と主張する。リリエントールはつぎのようにいう。「医師の治療行為は、その目的によって刑罰から免れているが、それは、被施術者の意思に反して行われてはならないのである」⁽⁴⁸⁾と。

このふたりの論者にとって、患者の承諾は、治療行為の合法性を基礎づけるための必要条件である。バールとリリエントールの主張は、判例と同じく客観的侵害の存否に焦点を合わせ、医師の行為から生じた侵襲結果を正当化するためには、特別な違法阻却事由、つまり、患者の承諾が必要であるとするものである。そして、さらにそれに加えて、彼らは、医師の説明義務の問

題にも踏み込んでいる。

2 バールとリリエントールは、医師は、その治療計画を患者に告知しなければならないのか、もしそれを告知しなければならないとして、どの範囲までその計画を告知しなければならないのか、と問いかける。

この点、バールは、「必然的な結果、もしくは起こりうる結果に触れることなく、事前に」与えられた患者の承諾は、「耐えることのできる軽微な苦痛だけではなく、長期間にわたって継続する苦痛が問題とならないかぎり、なんの意味もなさないであろう」と述べている。なぜなら、医師には、当該手術に関する医療「技術上の詳細を述べる」義務ではなく、「あまりにもわずかな死の危険」についてまで、患者にこれを詳しく説明する必要はない、とされるからである。⁽⁴⁹⁾

一方、リリエントールは、「承諾を与える者は、みずからに対して行われる行為の性質を理解していなければならない」という「自明の」前提に立ち⁽⁵⁰⁾つつ、つぎのように説く。すなわち、「その手術が危険であればあるほど、医師は、より確実に、患者に当該手術の見込みについて告知する義務を有する。患者は、自身の生命に差し迫る危険を認識していなければなら⁽⁵¹⁾ない。しかし、医師が、手術経過の詳細をも患者に説明することまでは不要と解すべきであり、患者が手術に「了解 (einverstehen)」した時点で、その「手技 (wie)」、つまり、その手術の具体的な実施方法等は、医師の義務適合的な裁量に委ねられるのである、と。⁽⁵²⁾

3 かくして、バールとリリエントールは、基本的には判例の立場に与しつつ、医師の説明義務の問題に取り組むことでこれを援護した。しかし、同意原則から導かれる医師の説明義務の重点化は、患者の権利を保障するという点では歓迎されたものの、その反面、医師からの反発を招くこととなった。このような患者と医師と対立を止揚すべく、刑法学に託されたのは、「あらゆる治療侵襲は身体傷害であり、患者の有効な承諾を得たときのみ、その侵襲は許容される」という命題、すなわち、治療行為傷害説（正当化モ

デル)の克服であった。⁽⁵³⁾

第2款 シュトースとカールの見解：治療行為非傷害説（構成要件モデル）の整備

1 シュトースの見解

(1) カール・シュトース (*Carl Stooss*)⁽⁵⁴⁾は、治療行為非傷害説（構成要件モデル）の立場から、身体傷害と治療行為がその性質上異なるという点を強調し、つぎのように説く。治療行為は、疾患の治癒または緩和、つまり、患者の健全（Wohl）を志向するものであり、（刑）法はこれを身体の傷害として処罰するべきではない、と。この点で、シュトースも、身体傷害がもたら客観的な侵害態様であることを、（暗黙裡に）前提としているとみられる。

しかし、以上の論理は、成功した治療行為の場合には理解可能であるが、失敗した治療行為の場合にもあてはまるというのは困難である。そこで、シュトースは、患者の健康侵害が惹起された場合は、傷害罪の客観的構成要件が実現され、その際の、執刀医の傷害の故意を否定することによって、失敗した治療行為の問題を解決しようとした。この点、シュトースは、つぎのようにいう。患者を治療・治癒するという医師の意思は、傷害の故意を阻却するものである。なぜなら、「手術によって治療を行う医師は、なんら身体傷害的な行為も、健康侵害的な行為も行っておらず、患者を治療した（*behandeln*）のであって、虐待した（*misshandeln*）のではない」からである、⁽⁵⁵⁾と。

(2) シュトース説の特徴は、メス等による刺突といった個別行為ではなく、全体行為に基づく評価が必要である、とした点にある。⁽⁵⁶⁾しかし、傷害の故意を否定するというシュトースのテーゼに対して、フィンガーは、傷害罪の構成要件該当性を判断する際に、「最終目的と故意を区別することはでき

ない」という批判を浴びせた。つまり、①患者に対して、なにかしらの傷害が問題となりうるという医師の表象は、治療の意図と併存可能であり、医師のそうした意図を基準とするのは妥当ではない、②そればかりか、患者が治療されるまでには、中間結果（Zwischenerfolg）たる傷害結果が必然的に随伴しているため、これを無視することはできない、⁽⁵⁷⁾としてフィンガーはシュトースを非難したのである。

2 カールの見解

以上のような批判を浴びたシュトースの見解ではあったが、彼が掘り起こした治療行為非傷害説（構成要件モデル）の問題意識は、その後も連綿と受け継がれていくこととなる。

（１）ヴィルヘルム・カール（*Wilhelm Kahl*）⁽⁵⁸⁾も、シュトースと問題意識を同じくする論者のひとりである。カールによれば、患者の承諾は、「そもそも、医師の外科的侵襲の正当化にとっての⁽⁵⁹⁾一般的基礎（generelles Fundament）としては」有益ではない。なぜなら、たとえば、病院に搬送された患者が意識不明の状態である場合、いったん開始された手術を拡大する場合には、患者本人の承諾を得ることができないからであり、そのような状況のもとで適用されうる推定的承諾の法理は、「きわめて恣意的な⁽⁶⁰⁾擬制（Fiktion）」にすぎないからである。

（２）ここで、カールは、⁽⁶¹⁾「諸悪の根源」が治療行為傷害説（正当化モデル）の思考方法にあると説く。

医師の外科手術は、「⁽⁶²⁾治療するという主観的意図と客観的目的をもって行われるため」、「手術は身体傷害ではなく、……それは、刑法典の意味における『虐待』でもなければ、『健康侵害』でもない⁽⁶²⁾」。「虐待とは、身体に向けて、確立された規則に反して行為することをいう。医学的に治療するとは、身体に向けて、⁽⁶³⁾合目的に、かつ規則に合致して行為することをいう⁽⁶³⁾」。一方で、健康侵害とは、「損害を与えることが最終目標および自己目的である」

ところの行為のことをいう。それでは、「最終結果が健康の維持（Gesundheitserhaltung）にある中間行為または一連の中間行為を、刑法の意味における健康侵害（Gesundheitsbeschädigung）と呼ぶことは、果たして合理的といえるのであろうか」⁽⁶⁴⁾。

（3）さて、カールの見解について、ここで一度その特徴を整理しておきたい。

まず、カールも、身体傷害の客観的侵害性に着目し、身体的・客観的損害が最終的に発生しない外科手術は、そもそも傷害罪の保護領域とは無関係である、と主張する。身体傷害の本質論に対するカールの理解は、シュトースほかその他の治療行為非傷害説（構成要件モデル）論者と、おそらく同様のものであろう。

つぎに、推定的承諾が「恣意的な擬制」に堕ちるおそれがあるというカールの指摘は、なるほど、ある面では正鵠を射ているように思われる。なぜなら、治療が必要な者が本当はなにを言いたかったかは本人以外に分かるはずはなく、本人の意思をもっとも汲むことができる（とされる）法定代理人でさえ、決してその例外ではないからである。何人も、個人的な価値観によって特徴づけられた真の利益を、本人自身よりも正当に判断することなどできない⁽⁶⁵⁾。そのかぎりでは、判例の同意原則は、今日なお変わらぬ現実性をもって妥当するといえよう⁽⁶⁶⁾。

（4）カールの言説に再度耳を傾けてみよう。カールは、医師の治療行為が不処罰となる根拠にも言及している。

カールは、医師の外科的侵襲が有する「積極的根拠および権限」について、医師の治療行為が、「衛生という公の利益（öffentliches Interesse der Gesundheitspflege）」⁽⁶⁷⁾に基づいて実施される点を重視し、その正当化根拠が、「国家によって承認された業務権」⁽⁶⁸⁾、つまり、国家によって養成され、免許を受けた医師の職能階級の権限にある、と叙述している。おそらく、カールは、医師の業務権に特別な正当化事由が内在していると仮定し、これを客

観的に基礎づけようとしたのであろう。しかし、医師の業務権は、「医師」と呼称される権限のみを指すものであり、医師の業務権が、個々の医療行為すべてに対する許容規範として機能していたわけではないことには注意を要する。⁽⁶⁹⁾なるほど、医師の業務権が存在することについてはコンセンサスが存在していたが、業務権それ自体に刑法解釈論上の間隙を補完する機能を期待するのは、やはり無理があったといわざるをえない。むしろ、このことは、業務権説と同質の思考方法をとる慣習法説等の諸説にもあてはまる。この点、ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」がすでに、「理性的目的」や、「いわゆる医師の業務権それ自体」⁽⁷⁰⁾⁽⁷¹⁾は、医師の治療権を基礎づけるものではない、と指摘していたことがあらためて注目されよう。

第4節 身体利益説の胎動：ベーリングの見解を中心に

第1款 刑法改正論議

判例は、ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」以降、治療行為傷害説（正当化モデル）の立場を維持しつつづけている。⁽⁷²⁾その最大の要因は、医師の専断的治疗行為に対する犯罪構成要件が存在しない点にあると考えられる。

治療行為非傷害説（構成要件モデル）に立つ場合、専断的治疗行為を刑法上どのように評価するかが問題となる。刑法解釈論上、専断的治疗行為が、自由剥奪罪（刑法239条）や強要罪（刑法240条）などの「人身の自由に対する罪」にあたると評価するのは困難であるため、患者の自己決定権を刑法上保護するためには、専断的治疗行為を処罰するための固有の犯罪構成要件（専断的治疗行為処罰規定）を新たに設けなければならない。ドイツでは、1900年代初頭以降、この専断的治疗行為処罰規定の創設問題がたびたび議論されるようになっていたが、これは、治療行為非傷害説（構成要件モデル）が有力化し、ついに刑法改正の次元で同説が明確なかたちにおいて勝利を博するにいたったことを意味していた。⁽⁷³⁾⁽⁷⁴⁾

その一方で、刑法学説においても、治療行為非傷害説（構成要件モデル）

の基本コンセプトが支持を集めはじめることになる。その主唱者のうちのひとりが、構成要件論の泰斗エルンスト・ベーリング (Ernst Beling) であった。

第2款 ベーリングの身体利益説

ベーリングは、その著『犯罪論』⁽⁷⁵⁾をもとにして、「身体利益説 (Körper-interessentheorie)」⁽⁷⁶⁾と称される理論の礎を築きあげた。ベーリングの見解を概観するためには、まず、その構成要件論の概要をうかがうべきであるが、これについてはすでに多くの先行研究⁽⁷⁷⁾が示されているため、以下では、身体利益説との関係にかぎって一瞥するにとどめておくことにしたい。

1 ベーリングによれば、人の身体組織には、まず、(1)「現存在としての利益 (Daseinsinteresse) (生または死に関する利益)」、(2)「狭義の身体利益 (das eigentliche Körperinteresse)」、(3)「行動の自由に関する (Bewegungsfreiheits-) (身体の制御に関する [Körperherrschafts-]) 利益」⁽⁷⁸⁾の3種があり、このうち(2)は、さらに以下の3つに分けられるという。

まず、第1が、①「身体的健全性 (körperliches Wohlsein)」に関する利益、つまり、「病理学的な (pathologisch)」状態と正反対の関係に立つ「通常の (normal)」状態であるところの、身体組織の客観的状态に関する利益である。ついで、第2が、②「(主観的な) 身体的健全感 (körperliches Wohlbefinden)」に関する利益、つまり、全体の苦痛または苦痛に類する倦怠感のない状態に関する利益である。そして、第3が、③身体の外観 (äußere Erscheinung)に関する利益⁽⁷⁹⁾、つまり、身体が「奇形化または醜悪化」しないことに関する利益である。そして、身体の不可侵性に対する利益は、⁽⁸⁰⁾「それが、健全性、健全感または外観と結びつく」かぎりで存在しているという。

そのうえで、人の身体に対する作用は、健全性、健全感または外観に関す

る利益にとって、有益な（förderlich）作用や、不利（nachteilig）または有害な（abträglich）作用がある。たとえば、その侵害が、「治療および苦痛の惹起」に関するものであるとしても、身体利益の内部では、「おのおの異なる多くの作用が、さまざまな価値的徴表（Wertvorzeichen）と結びつけられている⁽⁸¹⁾」。そうだとすれば、衝突する一方の利益を侵害することが、より高次の価値を有する他方の利益に対する要請を回避できない場合には、これらの「利益の交錯（Interessenkreuzung）」を受け容れざるをえない⁽⁸²⁾。通常、現存在としての利益は、単なる身体利益すべてに優越し、「健全性に関する利益は、健全感と外観に関する利益に優越する。つまり、健全感または外観の侵害は、それが健全性に資さないかぎりでのみ、身体に対する全体利益（Gesamt-Interesse）の侵害となるのである⁽⁸³⁾」、と。

2 つぎに、ベーリングは、「身体傷害（Körperverletzung）」は、単になんらかの身体組織を切除する行為ではなく、それは、むしろ、「身体利益の侵害（Körperinteresseverletzung）の略語」にほかならない。『『自由の剝奪』が、身体行動に関する利益（Körperbewegungsinteresse）によって……特徴づけられているとすれば、身体傷害は、身体利益にとって有害な結果とともにもたらされることとなる。』と宣言し、さらにつぎのようにつける。すなわち、傷害罪の犯罪構成要件は、つねに、身体に対する全体利益が侵害されることをつうじて実現される。しかし、「なるほど、個々の点においては侵害を意味するが、全体としてみれば、身体利益または生命利益にとって有益であり、『健康侵害』にも『身体的虐待』にもなりえない」行為が存在するのである、と⁽⁸⁴⁾。

かくして、ベーリングは以下のように結論づける。「医師の手術が患者の健全性にとって単に有益であるにすぎず、あるいはその生命さえをも救い、健全感または外観の侵害も、好ましからぬ中間作用、随伴作用または副作用として発生したにすぎない場合には」、その手術は、刑法上の傷害にはあたらない。「なるほど、身体傷害が患者の健全性に対する侵害とともにもたら

されたが、一般的な評価によれば、その侵害が健全性を促進させた」場合、その手術は傷害ではない。これに対して、たとえ医師が成功を期待していたとしても、その手術が失敗した以上、それは傷害にあたるのである、と。⁽⁸⁶⁾

3 さらに、ベ어링は承諾の問題にも言及している。

ベ어링は、「他の者に対して行われた治療が、本人の意思と合致して実施された場合は違法でない」という命題を出発点として、患者（緊急時には、その法定代理人）の承諾に基づく正当化が必要であるとする。⁽⁸⁷⁾

このとき、患者の承諾の有効性、および医師の説明の範囲・内容が問題となる。この点、ベ어링は、まず、たとえ患者の承諾が欠けていたとしても、その健全性を全体として促進させた医師の治療侵襲は、事後的（ex post）判断によれば傷害罪を構成しない、としている。⁽⁸⁸⁾

つぎに、患者の瑕疵ある承諾の場合も問題となる。この場合、ベ어링は、自由剥奪罪または強要罪に基づく処罰を示唆してはいるが、おそらく、ベ어링は、医師の専断的治疗行為をさほど当罰的なものと評価していなかったと思われる。なぜなら、ベ어링は、患者の承諾を得ずに行われた特定の専断的治疗侵襲について、その患者と同様の立場にある者を基準とし、「慣習法」に基づく違法阻却の余地を容認しているからである。⁽⁹⁰⁾しかし、その一方で、ベ어링は、業務権を否定し、医師は、患者に対し手術を義務づけることはできず、「医学準則も、……他の者を治療する権利を構成するものではない」と述べるにいたっている。⁽⁹¹⁾

4 以上のように、ベ어링は、「身体の全体利益」という観点に基づいて傷害罪の構成要件該当性を決し、いわゆる「差引残高の理論」に立ちつつ、患者の健康利益を最終的に促進させた治療侵襲の適法性を基礎づけている。身体に対する客観的利益を基軸としながら、「行動の自由に関する（＝身体の制御に関する）利益」や「外観」に関する利益のように、患者の主観に帰属する諸要素を身体利益の一部ととらえる点に、従来の諸家たちとの決定的な差異を見いだすことができる。

しかし、ベーリングの所説に対しては、カール・エンギッシュ（*Karl Engisch*）から、①傷害構成要件の充足が偶然発生した不測の結果に左右されることになりかねず妥当でない、②本来であれば、「行為」の時点で行われるべき構成要件該当性判断が、「結果」発生時点で行われている、という⁽⁹²⁾批判が寄せられた。

それでも、「身体傷害」の射程が単に身体の一部に限定されるべきではなく、その侵害の有無が全体としての身体利益に対する比較衡量によって決えられるべきであるとし、傷害罪の保護法益論、「身体」法益の本質論からこの問題にアプローチした点に、ベーリングの見解の学説史的意義が認められると考える。

第5節 第二次世界大戦前夜の治療行為論：エンギッシュとエベルハルト・シュミットの見解を中心に

第1款 エンギッシュの見解

身体利益説の礎を築きあげたのがベーリングであるとするれば、その正統な後継者として、カール・エンギッシュの名を挙げることができよう。エンギッシュは、みずからがベーリングに浴びせた批判を克服するべく、傷害本質論と優越的利益原理からこの問題にアプローチしている。⁽⁹³⁾

1 「今日のわれわれの法解釈の見地からみて、治療目的で行われる医的侵襲の刑法的評価にとって、患者の意思はどのような意義を有する⁽⁹⁴⁾のか」。これがエンギッシュの問題意識である。そのうえで、エンギッシュはつぎのようにいう。『身体傷害（*Körperverletzung*）』概念は、外面的に理解されるべきではなく、「身体利益の侵害（*Körperinteressenverletzung*）、つまり、健全状態（*Wohlergehen*）、主観的健全感（*Wohlbefinden*）、または健全な外観（*Wohlaussehen*）に関する利益の侵害を意味する」。患者の身体に対する治療侵襲は、「たとえ個々の副次的利益が損なわれたとして

も」、「結果的に、全体としてみれば身体傷害とはなりえない」、⁽⁹⁵⁾と。この点まで、エンギッシュは、ベーリングと同一歩調をとっている。

しかし、ベーリングの見解との訣別が次第に明らかとなってくる。エンギッシュは、「利益概念」を「その用語法が許容するごとく、きわめて包括的に解」し、身体に対する利益が「個人の利益ならびに公共の利益」⁽⁹⁶⁾にある、とする。「常識」からいって、「致死的手術は、必ずしも身体傷害になるというわけではない。なぜなら、その手術は、治療目的をもって行われ、[医学的]適応性を備え、レーゲ・アルティスを遵守して実施されたからである」。したがって、『良心的な医師の慣行に適合する』医的侵襲は、傷害罪の構成要件だけでなく、さらに場合によっては、殺人罪の構成要件をも欠落させるのである」⁽⁹⁷⁾、と。

2 ついで、エンギッシュは、患者個人に帰属する身体利益という観点のみならず、実行行為時の事前的(ex ante)判断に基づいて、その優越的利益原理(Prinzip des überwiegenden Interesses)を展開している。

エンギッシュは、「目的原理ないし利益原理と、同意思想(Einwilligungsgedanke)」⁽⁹⁸⁾が結びつく3類型」を提唱する。

第1類型は、いかなる利益(身体利益)を患者に優先させるべきかについて、その答えを無条件に患者に委ねることである。この第1類型によれば、もっぱら患者の意思が重要となる。苦痛・危険を除去すべきか、これらをいかにして除去すべきかについては、苦痛に苛まれている患者本人にのみ、最終的な判断が委ねられる。⁽⁹⁹⁾

第2類型は、利益欠缺の原理(Prinzip des mangelnden Interesses)に基づく不法阻却論である。法益侵害に対する承諾は、事実上、その法益の放棄と解される。つまり、ある特定の場合においては、生命法益・身体法益に対し、(国家によって)承認された医的侵襲が優先されることがありうるという。⁽¹⁰⁰⁾

第3類型が、患者の自己決定権である。「法秩序は、一定の限度で、利益

衡量の権利、患者の自己決定権が、尊重に値すべき特別な利益であるが、場合によっては個人の利益だけでなく、共同体に適合した利益であることをも承認している。そしてそれは、すべての利益の法倫理的衡量を含んでいるのである⁽¹⁰¹⁾」。

3 そのうえで、エンギッシュは、患者の「自己決定権の妨げとなる医的侵襲について、今日、なにが正しいのか⁽¹⁰²⁾」、「自己決定権は、国民全体からの尊重に値する利益といえるのか⁽¹⁰³⁾」、「自己決定権に対する共同体の直接的利益」は果たして存在するのか、と疑問を投げかけ、私的自治（Privatautonomie⁽¹⁰⁴⁾）の観点からこの問いに答えようとしている。

エンギッシュは言う。「私的自治は、共同体の価値高き態度にとってきわめて有益である」。なぜなら、「私的自治は、名誉心、責任感、心構え、冒険心、および共同体にとって重要なその他の興奮を喚起し、堅牢にする⁽¹⁰⁵⁾」からである。しかし、医師・患者間の私的自治を徹底すれば、強制治療権を認めることが医師に耐えがたい責任を負わせ、患者の意思に反して行われた治療結果に対してだけでなく、強制治療権を行使せずに差し控えられた治療結果に対しても責任が負わされることになり、医師の答責領域が無限定に拡張するおそれがある。医師の強制治療権を盾にして患者を服従させることは、医師・患者間の信頼関係を揺るがし、さらには、患者に抵抗の意を生じさせることで治療過程を阻害し、結果的に、医師の本来の目的をも妨げることになるであろう⁽¹⁰⁶⁾、と。

このように、エンギッシュは、患者の自己決定権（およびそれと結びついた承諾）は、私的自治に基づくものであるが、それは、国民共同体の利益と矛盾するものではなく、個人の健康管理を法益衡量において考慮すべき一要素ととらえ、客観的にみて適切な治療行為とそうでない治療行為との限界領域があいまいな場合においては自己決定権が基準となること、客観的にみて適切でない治療行為においても、承諾が公序良俗に反しないかぎりでは傷害罪の違法阻却事由となることを主張している⁽¹⁰⁷⁾。

4 結論において、エンギッシュは、医学上適正に行われた医的侵襲はつねに傷害罪の構成要件該当性が欠け、その侵襲が事前的にみて患者の利益を維持・回復する蓋然性が高いものであったときは、たとえそれが失敗し、結果的に患者の生命・健康を侵害したとしても、「許されたリスク(危険)(⁽¹⁰⁸⁾erlaubtes Risiko)」の一例として適法化されうる、としている。⁽¹⁰⁹⁾ベーリングと同様、エンギッシュの出発点も患者の「身体利益」であるが、エンギッシュの所説は、国民共同体の観点から身体利益をさらに客観化した点、「身体利益」侵害の判断を事前に(ex ante)行う点で、ベーリングの所説とは決定的に異なるといえる。

しかし、エンギッシュの所説に対しては、結果の事前的考察と、『『優越的な身体利益を侵害し、または危殆化する』医的侵襲は、……『違法であるとともに、身体傷害である』というテーゼ⁽¹¹⁰⁾』とが矛盾しているのではないか、という疑問がエベルハルト・シュミット(Eberhard Schmidt)から投げられた。すなわち、エベルハルト・シュミットによれば、エンギッシュは、優越的利益衡量に基づいて、「実際の帰結、つまり結果」が発生しなかった点に傷害構成要件該当性阻却の根拠を求めているのにもかかわらず、実際は、結果の事前的判断に基づいて、患者の生命または身体に対する不利益結果が発生しないであろう、という見込みだけで構成要件該当性阻却を導く点で一貫⁽¹¹¹⁾していない、という。

しかしながら、エンギッシュの事前的考察方法を継承し、これをその行為論に基づいて補完し発展せしめたのは、ほかならぬエベルハルト・シュミットその人であった。エベルハルト・シュミットの手によって身体利益説はひとつの頂点をきわめることになる。

第2款 エベルハルト・シュミットの見解

1 エベルハルト・シュミット⁽¹¹²⁾は、「社会的行為論(soziale Handlungslehre)⁽¹¹³⁾」と称される独自の行為論に関連づけて、つぎのような論理を展開し

ている。そこで、まずは、エベルハルト・シュミットの述べるところを聞くことにしよう。

「われわれはここで、法的評価の対象が、……人の『行為』であるという基本原則を想起しなければならない。そして、それは、社会生活上の経験がわれわれにそれを理解することを教えてくれる社会的有意義性（soziale Sinnhaftigkeit）⁽¹¹⁴⁾を有する行為態様なのである」。「『治療侵襲』としてとらえられるべき行為にあって、単に、はじめに行われる身体的実体の侵害（Körpersubstanz-Verletzung）（たとえば、身体の切開それ自体）を考慮することは、……不可能であるように思われる。むしろ、患者の健康状態に対する、その具体的な意味における手術の実施に目を向けなければならない。したがって、医師がその職務を遂行すること、治癒傾向（Heiltendenz）を有する、医学・医術の準則を遵守して実施される措置が存在しているということを、社会的意義（soziale Sinnbedeutung）⁽¹¹⁵⁾を把握するに際しては忘れてはならないのである」、と。

2 そして、「成功した手術の場合において、その社会的意義によれば、……いかなる点においても、『身体傷害』と解釈する手がかりを与えることのない〔治療〕措置が存在している」⁽¹¹⁶⁾。治療行為の成功は、「身体利益の増進を『意味』し、あらゆる点で、『虐待』または『健康侵害』とみなされるであろうものの対極にある」⁽¹¹⁷⁾。

3 これに対して、「失敗した医師の治療侵襲の問題全体は、不真正不作為⁽¹¹⁸⁾の観点のもとで進行する」⁽¹¹⁹⁾。なぜなら、治療侵襲が有するその社会的有意義性によれば、これを行う医師は、積極的作為ではなく、当該（構成要件該当）結果を「回避しなかった」という不作為によって、健康侵害結果または死亡結果を惹起したからである⁽¹²⁰⁾。そして、治療侵襲を行う医師には、その治療侵襲に随伴する危険を回避する法的義務が課せられており、その医師がその法的義務に適合しているか、あるいはどの程度これに適合しているかは、不作為時点における事前的判断に基づくべきである、とする⁽¹²⁰⁾。

4 以上がエベルハルト・シュミットの見解の概要である。身体利益を客観化する傾向はエンギッシュの見解と類似しているが、エベルハルト・シュミットは、ベーリングやエンギッシュほど身体法益の分析に重点をおかずに、問題の所在が、端的に、医師の治療行為の「社会的有意義性」にある、と指摘している。まさしくこの点に、エベルハルト・シュミットの見解の特色が如実にあらわれている。

しかし、患者の生命・身体に生じた終局的結果ではなく、行為の態様そのものによって侵害される法益が異なるという考え方に対しては、疑問が呈されている。⁽¹²¹⁾ また、実際の帰結についていえば、たとえその治療行為が成功したとしても、事前的な観点からみて医学上不適切な治療行為によるものだとすれば傷害罪が成立する、というのは均衡を失っているように思われる。

エベルハルト・シュミットのこの見解に対する論評は第3章で行うが、いづれにしても、本節でみた身体利益説論者たちの叙述からは、業務権説的発想を駆逐し、傷害概念の本質論からアプローチする基本的姿勢にプラスして、治療行為の結果(成功および失敗)、医学準則等の複数のメルクマールを顧慮する方向性を読み取ることができる。

ところで、エンギッシュ、エベルハルト・シュミットらの所説を十分に咀嚼するためには、この当時の時代背景をも押さえておく必要がある。なぜなら、当時のドイツがいかなる変遷を経験し、それが治療行為論にどのように反映されたかを把握することは、彼らの叙述の真意を繙くための手がかりになると考えるからである。

第3款 治療行為論をとりまく法的状況の変容

ナチス時代の到来は、(刑)法学界を大きく動揺させた。とくに、1933年5月26日の刑法典一部改正による226条aの新設は、従来の法的状況に対し、多くの面で変革をもたらした。⁽¹²⁴⁾ たとえ患者の意思に反してでも、共同体の構成員の生命・健康を維持することが推奨されたのである。⁽¹²⁵⁾ このような「革命

的意見⁽¹²⁶⁾」は、全体利益のなかで国民の健康が維持され、そのために必要な医療行為が許容される場合があること、そして、患者に対する強制治療権の行使が許容されることを意味していた⁽¹²⁷⁾。

これに対して、ライヒ裁判所1936年6月19日判決等は、決然とこの「革命的意見」⁽¹²⁸⁾に立ち向かい、患者の承諾の必要性、自己決定権の尊重を高調し、強制治療権の濫用に歯止めをかけようとした。しかし、この1930年代後半という時代は、国民共同体の名のもとで個人の価値観を制限することが政府の基本方針であり、この方針を推進することこそが当時の至上命題であった。

これに対して、エンギッシュは、「患者の自己決定の背後にあるリベラリズム⁽¹²⁹⁾」を盾に警鐘を鳴らし、エベルハルト・シュミットとともに、「私的自治」⁽¹³⁰⁾の観点から自己決定権を擁護する立場を表明していた⁽¹³⁰⁾。

だがしかし、強制治療権の推進および同意思想の制限はその後もつづくこととなる。ドイツ刑法学が「この問題領域から同意思想を排除してゆこうとする強い流れ」⁽¹³²⁾を排し、「自己決定権の圧制」⁽¹³³⁾を克服したうえで、患者の自己決定権を保障すべく治療行為論の諸問題に取り組むためには、第二次世界大戦の終結を待たなければならなかった⁽¹³⁴⁾。

第6節 小 括

以上、本章では、ドイツ現行刑法典制定から第二次世界大戦前までの議論を概観してきた。

ドイツでは、ライヒ裁判所1894年「骨癌判決」(RGSt. 25, 375)が「治療行為傷害説（正当化モデル）」を示したことを契機として議論が高揚し、これに対抗するかたちで、「治療行為非傷害説（構成要件モデル）」が、学説上有力に展開されるにいたった。たとえば、ベーリングは、身体利益の本質論からこの議論にアプローチし、エンギッシュは、優越的利益原理に基づいてその議論を深化させた。さらに、エベルハルト・シュミットは、その社会的行為論に基づいて、不真正不作為犯の原理を治療行為の問題に応用する試み

を展開し、身体利益説のひとつの到達点を呈示した。

しかし、エンギッシュやエベルハルト・シュミットが活躍した当時は、ナチスの(刑)法思想の影響を受けて、同意原則の制限、強制的治療権の容認、自己決定権の圧制が提唱されていた。しかし、その一方で、裁判所や一部の刑法学説がこれに抗い、自己決定権を擁護する気配を漂わせていたこともまた事実である。

以上が本章の内容である。これを踏まえて、次章では、ひきつづき第二次世界大戦後の判例・学説の変遷をたどり、第3章では、本章および次章の議論を総合し、ドイツにおける議論の到達点を呈示する。

(未完)

- (1) むろん、わが国では、暴行罪(刑法208条)、過失傷害罪(刑法209条、211条)、傷害致死罪(刑法205条)、殺人罪(刑法199条)等との関係も問題となる。
- (2) 町野朔『患者の自己決定権と法』(1986・東京大学出版会)3頁、甲斐克則『医事刑法への旅Ⅰ〔新版〕』(2006・イウス出版)29頁以下、32頁以下参照。
- (3) ここで、本稿における「治療行為」は、あくまでも暫定的な概念定義であることを、あらかじめお断りしておかなければならない。もちろん、「以下で掲げる諸要素を具備した行為が、刑法上許容される治療行為である」という趣旨ではない。本稿における「治療行為」は、議論の見通しをよくし、問題意識の共有をはかるための便宜上の概念定義にすぎない。

ところで、治療行為は患者の身体に向けて行われるから、物理的・化学的作用による人体への侵襲(Eingriff)をともなうのが普通である。このような治療行為の性質に着眼し、診療上人体に一定の危険を生じさせる治療行為をとくに「治療侵襲(Heileingriff)」と呼ぶ(大谷實『医療行為と法〔新版補正第2版〕』(1997・弘文堂)6頁参照)。さらに、治療行為と似て非なる概念として、医療行為がある。治療行為と医療行為の違いについては、団藤重光編『注釈刑法(2)のⅠ 総則(2)』(1968・有斐閣)117頁〔福田平〕、佐伯千仞「法律家からみた医療」大阪府医師会編『医療と法律』(1971・法律文化社)28頁以下、30頁以下、大塚仁「医療行為と社会的相当性・許された危険」福田平＝大塚仁『刑法総論Ⅰ——現代社会と犯罪』(1979・有斐閣)210頁以下、金澤文雄「医療と刑法——専断の治療行為をめ

ぐって——」中山研一ほか編『現代刑法講座 第2巻 違法と責任』（1979・成文堂）125頁以下、128頁、上田健二「診療行為の意義」中山研一＝泉正夫編『医療事故の刑事判例 第二版』（1993・成文堂）23頁以下、齊藤誠二『医事刑法の基礎理論』（1997・多賀出版）15頁以下、甲斐・前出注（2）30頁、小林公夫『治療行為の正当化原理』（2007・日本評論社）2頁以下、8頁注（4）、島田美小妃「治療行為の不可罰性の根拠について」法学新報117巻9・10号（2011）313頁以下、314頁以下参照。

- （4）ドイツ刑法改正草案における「治療行為」概念については、天田悠「ドイツ刑法における治療行為論の歴史的展開（一）（二・完）——刑法改正作業を中心に——」早稲田法学会誌63巻2号（2013）1頁以下、64巻1号（2013）1頁以下、とくに23頁以下参照。
- （5）*Brigitte Tag*, Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis, Berlin/ Heidelberg/ New York 2000, S. 38 ff., 185 ff.; *Gunnar Duttge*, in : Dorothea Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2. Aufl., Köln 2012, § 223 StGB, Rn. 9 参照。
- （6）たとえば、1919年草案313条理由書、1925年草案238条理由書は、肝斑、斜視および奇形のような疾患の存在を前提とし、1962年草案161条も、「疾患、苦痛、身体 の損傷、身体 の故障又は精神の障害を予防、診断、治療又は緩和する」ことを要求している。*Karl Engisch*, Warum ist der ärztliche Eingriff nicht als Körperverletzung anzusehen?, Berliner Ärzteblatt (1967), S. 590 ff., 597 も参照。
- （7）*Eberhard Schmidt*, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939, S. 69 ff.; *Peter Cramer*, Ein Sonderstraftatbestand für die eigenmächtige Heilbehandlung: Einige Bemerkungen zu §§ 229, 230 des Entwurfs eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts (6. StrRG), in: Festschrift für Theodor Lenckner, München 1998, S. 761 f.; *Hans Joachim Hirsch*, Zur Frage eines Straftatbestands der eigenmächtigen Heilbehandlung, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg 1999, S. 353 ff., 364 f.; *Sabine Riedelmeier*, Ärztlicher Heileingriff und allgemeine Strafrechtsdogmatik, Baden-Baden 2004, S. 36 f.
- （8）*L. v. Bar*, Zur Frage der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes, GS 60 (1902), S. 81 ff., S. 95, 102; *Joseph Heimberger*, Arzt und Strafrecht, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, Tübingen 1930, S. 389 ff., 403 f.; *Ludwig Ebermayer*, Der Arzt im Recht, Leipzig 1930, S. 148 ff.; *Karl Engisch*,

Ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW 58 (1939), S. 1 ff., 2 f., 7 f.; ders., Die rechtliche Bedeutung der ärztlichen Operation, in: R. Stich/ K. H. Bauer (Hrsg.), Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, Bd. 2, 4. Aufl., Jena Gustav Fischer 1958, S. 1521 ff., 1523 f., 1537 f. さらに、1911年対案279条理由書、1925年草案238条理由書等も参照。ドイツ法は、医学準則を、レーゲ・アルティス (lege artis)、レックス・アルティス (lex artis) と、ほとんど同義の概念として用いている。Tag, a. a. O. (Anm. 5), S. 199 Anm. 932, S. 200 ff.; 小林(公)・前出注(3)10頁注(9)参照。

(9) RGSt 67, 12 [16 f., 23 f.]; BGHSt 37, 383 [385]. 大学医学 (Schulmedizin) とは、「大学および医学アカデミーで、学問研究、教育および治療において行われている医学」(Paul Bockelmann, Strafrecht des Arztes, Stuttgart 1968, S. 86 f., 93 Anm. 12)、著名な大学教授や医師の解釈 (Ebermayer a. a. O. (Anm. 8), S. 137 参照) のことをいう。この点について、詳細は、天田・前出注(4)「(一)」33頁注(81)参照。

(10) たとえば、1927年草案263条、1962年草案161条がこれを要求している。

(11) RGSt 25, 375; BGHSt 11, 111.

(12) 主観的な治療目的を要求する立場(1962年草案161条、1996年草案229条1項等)もあるが、客観的治療傾向 (objektive Heiltendenz) で足るとしてこれを不要とする立場もある。エベルハルト・シュミット (Eberhard Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, in: Albert Ponsold (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Aufl., Stuttgart 1957, S. 1 ff., 33) は、「治療侵襲は、医学上明らかに適応性があり、レーゲ・アルティスに則って行われることが要件とされている。つまり、治療侵襲は、客観的治療傾向を有していなければならない」と指摘する(圏点は原文で隔字体である)。

(13) BGH NJW 1972, 335; BGHSt 43, 346.

(14) E. Schmidt, a. a. O. (Anm. 7), S. 70 Anm. 4. この点、美容整形手術は「治療行為」にあたるとする見解(たとえば、Engisch, a. a. O. (Anm. 8), in: Stich/ Bauer (Hrsg.), Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, Bd. 2, S. 1522; Georg Freund, Der Entwurf eines 6. Gesetzes zur Reform des Strafrechts, ZStW 109 (1997), S. 455 ff., 476)もあるが、本稿の検討対象からは外すことにしたい。

(15) たとえば、1996年草案229条2項参照。Hans-Ludwig Schreiber, Zur Reform

des Arztstrafrechts, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin/ New York 1999, S. 713 ff., 723 も参照。

- (16) *Karl Heinz Gössel/ Dieter Dölling*, Strafrecht Besonderer Teil 1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 2. Aufl., Heidelberg 2004, § 12 Rn. 93 ff. 参照。妊婦の生命・身体を保護するという意味での医学的適応性に基づく堕胎・人工妊娠中絶については、母体だけでなく、胎児の生命・身体に関する諸問題も随伴しており、別途考慮が必要になると思われるため、本稿の検討対象からは外すことにする。
- (17) *Schreiber*, a. a. O. (Anm. 15), S. 720 参照。
- (18) 大塚・前出注（3）210頁、町野・前出注（2）4頁、153頁以下参照。
- (19) *Jerzy Sawicki*, Über die Verantwortlichkeit für fehlerhafte ärztliche Eingriffe, Rechtswissenschaftlicher Informationsdienst, 1955, S. 201 ff., 203 f. 参照。井上祐司「被害者の同意」日本刑法学会編『刑法講座 第2巻』（1963・有斐閣）160頁以下、174-175頁注（一）〔井上祐司『刑事判例の研究（その一）』（2003・九州大学出版会）59頁以下所収）も参照。
- (20) *Ebermayer*, a. a. O. (Anm. 8), S. 103 f.; *Albin Eser*, Beobachtungen zum „Weg der Forschung“ im Recht der Medizin, in: Albin Eser (Hrsg.), Recht und Medizin (Wege der Forschung; Bd. 650), Darmstadt 1990, S. 1 ff., SS. 12-14 参照。
- (21) 1871年のライヒ刑法典（RGBl. 1871, Nr. 24, S. 127）223条1項は、「故意に他の者を身体的に虐待し（körperlich mißhandeln）又はその健康を害した（an der Gesundheit beschädigen）者は、傷害のかどで、3年以下の軽懲役又は300タラー以下の罰金に処す。」と規定し、この規定は、その後、特段大きな変更が加えられることもなく、現行ドイツ刑法典223条1項（「他の者を身体的に虐待し又はその健康を害した（an der Gesundheit schädigen）者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」）に受け継がれている。

なお、ドイツ現行刑法典の邦訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007・法曹会）により、とくに断りのないかぎり、以下で条文のみを挙げるときは、ドイツ現行刑法典のそれを指す。

- (22) ライヒ刑法典223条も、現行ドイツ刑法典223条も、「身体的虐待（körperliche Mißhandlung）」と「健康侵害（Gesundheitsschädigen）」というふたつの行為類型を規定する。ここにいう「身体的虐待」とは、身体的健全感（körperliches

Wohlbefinden) もしくは身体の不可侵性 (körperliche Unversehrtheit) を些細とはいえない程度に損ない、またはその他の身体の統合性 (körperliche Integrität) に影響が及ぼされるような有害で不適切な取扱いのことをいう。これに対して、「健康侵害」とは、被害者の身体的または精神的機能が、通常の状態から不利な方向へ逸脱した病理学的状態 (pathologische Verfassung) を作出し、または悪化させることをいう。

なお、身体的虐待および健康侵害の解釈については、*Hans Joachim Hirsch*, in: LK-StGB, 10. Aufl., Berlin/ New York 1989, § 223 Rn. 6, 11; *Hans Lilie*, in: LK-StGB, 11. Aufl., Berlin 2001, § 223 Rn. 6, 12; *Albin Eser/ Detlev Sternberg-Lieben*, in: Schönke/ Schröder StGB, 28. Aufl., München 2010, § 223 Rn. 3, 5; *Duttge*, a. a. O. (Anm. 5), § 223 StGB, Rn. 4 ff.; *Thomas Fischer*, Strafbgesetzbuch und Nebengesetze, 60. Aufl., München 2013, § 223 Rn. 4 ff., 8 ff. 参照。邦語文献として、藤本直「医師の手術と身体傷害罪の問題に就て(一)～(三)」法學新報41巻2號(1931)1頁以下、とくに6頁以下、41巻3號(1931)71頁以下、41巻5號(1931)72頁以下、同「医師の手術と身体傷害罪(I)～(IV・完)」司法協會雑誌11巻4號(1932)16頁以下、11巻5號(1932)54頁以下、11巻6號(1932)48頁以下、11巻7號(1932)60頁以下、大沼邦弘「傷害罪における身体的虐待」警察研究58巻9號(1987)86頁以下、齋野彦弥「暴行概念と暴行罪の保護法益」成蹊法学28号(1988)437頁以下、446頁以下、武藤真朗「治療行為と傷害の構成要件該当性——専断の治療行為と患者の自己決定権に関する研究の予備作業——」早稲田大学大学院法研論集54号(1990)243頁以下、245頁以下、佐藤陽子「治療行為の傷害構成要件該当性について」北大法学論集56巻2号(2005)321頁以下、325頁、田坂晶「刑法における治療行為の正当化」同志社法学58巻7号(2007)263頁以下、342-343頁、小林(公)・前出注(3)107頁以下、島田美小妃「仮定的承諾論」中央大学大学院研究年報(法学研究科篇)39号(2009)185頁以下、192頁、同・前出注(3)319頁以下、山中敬一「医療侵襲に対する患者の同意」関西大学法学論集61巻5号(2012)1頁以下、16頁以下等がある。

(23) RGSt 25, 375 [378]. 圏点は原文で隔字体である。

(24) RGSt 25, 375 [381]. 圏点は原文で隔字体である。

(25) ライヒ裁判所1894年5月31日「骨癌判決」(RGSt 25, 375)。原審および本判決の判決文は、*Carl Stooss*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin 1898, S. 108 ff. に掲載されている。なお、差戻し後のハンブルク地方裁判

所は、被告医師が患者の父親の意思を認識していなかったことに過失はないとして、同人に無罪を言い渡している。

本判決については、わが国でもすでに多くの先行研究が示されている。詳細については、たとえば、藤本・前出注（22）新報「(二)」74頁以下、西山雅明「治療行為と刑法」西南学院大学法学論集2巻3号（1969）29頁以下、31頁以下、神山敏雄「西ドイツの医療過誤に関する刑事判例」中山研一＝泉正夫編『医療事故の刑事判例』（1983・成文堂）311頁以下、313頁以下、町野・前出注（2）38頁以下、武藤・前出注（22）250頁、佐久間基「専断の治療行為と傷害罪（一）～（三・完）」法学55巻3号（1991）87頁以下、とくに88頁以下、55巻4号（1991）88頁以下、58巻2号（1994）124頁以下、佐藤・前出注（22）337-338頁、田坂・前出注（22）343頁以下、小林（公）・前出注（3）37頁以下、島田・前出注（3）322-323頁、山中・前出注（22）13頁以下を参照されたい。

(26) 1851年のプロイセン刑法典223条は、「故意に他の者を刺突し若しくは打撃を加え、又はその他の身体虐待を行った者は、2年以下の軽懲役に処する。」と規定する。なお、プロイセン刑法典の法文は、*M. Stenglein* (Hrsg.), *Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher, Drittes Bändchen, München 1858, XI. Preußen mit Waldeck und Anhalt=Bernburg* (Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten vom 14. April 1851), S. 100; *Arno Buschmann* (Hrsg.), *Textbuch zur Strafrechtsgeschichte der Neuzeit, München 1998, S. 538 ff., 576* によった。

(27) RGSt 25, 375 [377 f.]。

(28) *Paul Bockelmann*, *Der ärztliche Heileingriff in Beiträgen zur Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft im ersten Jahrhunderts ihres Bestehens*, ZStW 93 (1981), S. 105 ff., 108 参照。ライヒ裁判所1880年11月15日判決 (RGSt 2, 442 [442 f.])、同裁判所1882年2月22日判決 (RGSt 6, 61 [61 ff.]) は、身体傷害に対する承諾がその適法性判断において些細な影響しか及ぼさないと判示し、本判決の原審・ハンブルク地方裁判所1894年2月2日判決 (*Stooss*, a. a. O. (Anm. 25), S. 108 ff. 参照) もこのような立場をとっていた。しかし、本判決・ライヒ裁判所1894年判決は、従来の判例法理を変更し、とくに単純傷害に対する有効な承諾が正当化事由となる可能性を承認するにいたったのである (*Frank Korn*, *Körpverletzungsdelikte—§§ 223 ff., 340 StGB: Reformdiskussion und Gesetzgebung von 1870 bis 1933*, Berlin 2003, S. 133 f., 134 Anm. 205)。

本判決を契機とする判例・学説上の議論については、*Joseph Heimberger*, *Be-*

rufsrechte und verwandte Fälle, in: Karl v. Birkmeyer, u. a. (Hrsg.), Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allgemeiner Teil. IV. Band, Berlin 1908, S. 15 ff., 57 f.; *Alexander Löffler*, Die Körperverletzung (Abschnitt 17 des II. Teiles des RStrGB.), in: Karl v. Birkmeyer, u. a. (Hrsg.), VDA, Besonderer Teil. V. Band, Berlin 1905, S. 205 ff., 241 ff.; *Gerd Geilen*, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld 1963, S. 44 ff.; *ders.*, Rechtsfragen der ärztlichen Aufklärungspflicht, in: Armand Merger (Hrsg.), Die juristische Problematik in der Medizin, Band II, Ärztliche Aufklärungs- und Schweigepflicht, München 1971, S. 11 ff.; *Ulrich Schroth*, Ärztliches Handeln und strafrechtlicher Maßstab. Medizinische Eingriffe ohne und mit Einwilligung, ohne und mit Indikation, in: Claus Roxin/ Ulrich Schroth (Hrsg.), Handbuch des Medizinstrafrechts, 4. Aufl., Stuttgart/ München/ Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2010, S. 21 ff., 24 f. 参照。

(29) たとえば、扁桃腺の除去手術が問題となった、ライヒ裁判所1905年4月10日判決 (RGSt 38, 34) は、ほとんど些細ともいえる傷害を与えた場合にも、本判決・ライヒ裁判所1894年判決と同様の法理が妥当するとしている。

(30) *Karl Binding*, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Erster Band, 2. Aufl., Leipzig 1902, S. 58 Anm. 1.

(31) *Richard Schmidt*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe: Ein Beitrag zur Lehre der Straf- und Schuldaußschliessungsgründe, Jena Gustav Fischer 1900, S. 34 Anm. 1. 圏点は原文で隔字体である。リリエントールも、リヒャルト・シュミットの意見に賛意を表している。*K. von Lilienthal*, Die pflichtmässige ärztliche Handlung und das Strafrecht, in: Festgabe zur Dr. Ernst Immanuel Bekker, Berlin 1899 (Nachdruck Aalen 1973), S. 1 ff., S. 31 f. Anm. 2 参照。

(32) RGSt 25, 375 [382]. 当時、同意 (Zustimmung) は、承諾 (Einwilligung) とほとんど同義と解されていたとみられる。しかし、本稿は、この問題に立ち入らず、さしあたり、「同意」と「承諾」を互換的な概念として用いることにしたい。学説の内容およびその変遷については、宮野彬「被害者の承諾」中山ほか編・前出注(3)『現代刑法講座 第2巻』109頁以下、曾根威彦『刑法における正当化の理論』(1980・成文堂) 225頁以下、山中敬一「被害者の同意における意思の欠缺」関西大学法学論集33巻3・4・5号(1983) 271頁以下、275頁以下、井上(祐)・前

- 出注（19）『刑事判例の研究（その一）』59頁以下、須之内克彦『刑法における被害者の同意』（2004・成文堂）27頁以下、佐藤陽子『被害者の承諾——各論的考察による再構成——』（2011・成文堂）2頁以下等参照。
- （33）*Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 15 参照。
- （34）*Franz von Liszt*, Die Verantwortlichkeit bei ärztlichen Handlungen, in: R. Kutner (Hrsg.), *Ärztliche Rechtskunde: zwölf Vorträge*, Jena Gustav Fischer 1907, S. 1 ff., 32; *Gustav Radbruch*, *Geburtshilfe und Strafrecht*, Jena Gustav Fischer 1907, S. 7, 12. さらに、マックス・エルンスト・マイヤー (*Max Ernst Mayer*) は、医師の治療行為が傷害にあたらないことを、「法規範と文化規範の一致」という観点から基礎づけようとしている。*Max Ernst Mayer*, *Rechtsnormen und Kulturnormen*, Breslau 1903 (Nachdruck Darmstadt 1965), S. 98 f. 参照。
- （35）*L. Oppenheim*, *Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden*, Basel 1892, S. 17 ff., 19, 33; *ders.*, Die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe, *SchwZStR* 6 (1893), S. 332 ff., 339 f.; *Wilhelm Kahl*, *Der Arzt im Strafrecht*, Jena Gustav Fischer 1909, S. 21 f. 患者の承諾とともに、「慣習法」によって特徴づけられた医師に対する規範を顧慮するものとして、アルベルト・ベール (*Albert Behr*, *Ärztlich-operativer Eingriff und Strafrecht*, München 1902, S. 57 ff., 59; *ders.*, *Medizin und Strafrecht*, *GS* 62 (1903), S. 400 ff., 402) がいる。
- （36）*Karl Binding*, *Handbuch des Strafrechts*, Erster Band, Leipzig 1885, S. 792 Anm. 2, S. 802 f. (ただし、ビンディングはのちに立場を改めている); *Adolf Merkel*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart 1889, § 58, 63; *Hugo Meyer*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., Leipzig 1895, S. 271 f.; *Justus Olshausen*, *Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Zweiter Band, 7. Aufl., Berlin 1906, § 223 Ziff. 9 b). ドイツにおいて、業務権説が発達し、同説が有力に主張されるようになった理由としては、19世紀以降、医師会が形成され、医師による医療の独占がはじめて成立したことが、その要因として考えられる。*Heimberger*, a. a. O. (Anm. 28), SS. 15-22, SS. 32-37; 新見育文「医師と患者の関係（一）——説明と同意の法的側面——」名古屋大学法政論集64号（1975）67頁以下、75頁も参照。
- （37）*Rotering*, Die chirurgische Operation insbesondere die Perforation als Aus-

nahme von der Norm, Archiv für Strafrecht 30 (1882), S. 179 ff., 180; *Löffler*, a. a. O. (Anm. 28), S. 244 ff.

- (38) *R. Keßler*, Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, Berlin/ Leipzig 1884, S. 72 ff., insb. 82.
- (39) *Werner Rosenberg*, Strafbare Heilungen, GS 62 (1903), S. 62 ff., 73. 事務管理説の主唱者ヴェルナー・ローゼンベルク (*Werner Rosenberg*) に対して、アルトゥール・ブリュックマン (*Arthur Brückmann*, Neue Versuche zum Problem der strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arztes für operative Eingriffe, Negatives und Positives, ZStW 24 (1904), S. 657 ff.) は、(当時の) 民法677条以下の諸規定は、事務管理者の義務についてのみ規定するものであって、事務管理者の権利についてはなにも述べておらず、民法上の規定によるのでは他の者の身体に対する治療侵襲の正当性を基礎づけることはできない、と批判していた。

しかし、それと同時に、ブリュックマンは、ローゼンベルクの主張がある一面では正鵠を射ているとも評価している。ブリュックマンによれば、治療侵襲の刑法上の問題性を解決するための妥当な方策は、唯一、立法者のみがこれを提供することができる。すなわち、立法者は、「たとえ、その外科的侵襲が、契約関係または処分権を有する患者の承諾によって捕捉されないとしても」、どのような要件のもとで外科的侵襲が不処罰となるのかを明示する必要がある、という (*Brückmann*, a. a. O., S. 704 f.)。そこで、ブリュックマンは、「民法上の、つまり法律上の性質」を出発点として、被施術者の意思能力の程度やその法定代理人の意思の一致または不一致に応じた承諾権限の段階づけを提案し、これを基礎づけるのが「意思要件 (Willenserfordernis)」や、その措置が「適切である (angemessen)」ことにある、と叙述した(圏点は原文で隔字体である)。

なお、ローゼンベルクとブリュックマンの論争について、詳しくは、藤本・前出注(22)新報「(一)」4頁以下、司協「(I)」20頁以下、司協「(II)」54頁以下、62頁註(六)を参照されたい。

- (40) *August Finger*, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, ZStW 20 (1900), S. 12 ff.
- (41) *Alexander Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestände strafbarer Handlungen: Ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtslehre, Halle 1905, S. 95.
- (42) 当時の学説状況については、*L. v. Bar*, Gesetz und Schuld im Strafrecht:

Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band III: Die Befreiung von Schuld und Strafe durch das Strafgesetz, Berlin 1909, § 35-42 (S. 70 ff.); *Richard Honig*, Die Einwilligung des Verletzten, Teil I: Die Geschichte des Einwilligungsproblems und die Methodenfrage, Mannheim/Berlin/Leipzig 1919, S. 119 ff., insb. S. 123 Anm. 19 参照。邦語文献として、勝本勘三郎「刑法第三五條ト醫業トノ關係（一）（二、完）」京都法學會雜誌 8 卷10號（1913）106頁以下、8 卷11號（1913）103頁以下〔同『刑法の理論及び政策』（1925・有斐閣）231頁以下所収〕、花井卓藏「醫師と法律」法學新報27卷1號（1917）28頁以下、32頁以下、黒田誠『行為の違法（第三版）——特に刑法第三十五條に就て——』（1924・有斐閣）59頁以下、市村光恵『改版 醫師ノ權利義務』（1928・東京寶文館）62頁以下〔復刻版として、同『改版 医師ノ權利義務〔復刻叢書法律学篇37〕』（1994・信山社）がある〕、土井十二『醫事法制學の理論と其實際』（1934・凡進社）347頁以下等も詳しい。

- (43) 代表的論者として、たとえば、*Franz v. Liszt*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16. und 17. Aufl., Berlin 1908, S. 153 f. Anm. 4, S. 313 を挙げることができる。
- (44) 代表的論者として、たとえば、*Anton Hess*, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 St. G. B., Hamburg 1891, S. 54 Anm. 4 ; *Friedrich Kitzinger*, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht, GS 55 (1898), S. 83 ff., S. 87 f.; *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze, 2. Aufl., Leipzig 1901, S. 259; *Binding*, a. a. O. (Anm. 30), S. 56 がいる。
- (45) わが国では、「治療行為傷害説」、「治療行為非傷害説」という用語法が用いられている。この用語法在先鞭をつけたのは、藤本直であると思われるが、藤本は、前者を「身體傷害説」、後者を「身體非傷害説」と呼んでいた（藤本・前出注（22）新報「(二)」71頁、司協「(Ⅲ)」48頁等参照）。この呼称は、ドイツ刑法文献における「Körperverletzungstheorie」（*Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 3 u. a.）に示唆を得たものと思われるが、治療行為の傷害構成要件該当性は「純技術的な意味」（*Werner Hardwig*, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffes, GA 1965, S. 161 ff., 161）において論じられているのであるから、議論の混乱を招くおそれのある用語法は可能なかぎり避けるべきであると考え。現在、ドイツ刑法学においては、治療行為傷害説にあたる呼称として、「Rechtfertigungs-

lösung (正当化による解決)」があり、治療行為非傷害説に対応する呼称として、「Tatbestandslösung (構成要件による解決)」(Tag, a. a. O. (Anm. 5), S. 14 ff.; Wolfgang Bauer, Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Heileingriffs, Hamburg 2008, S. 5 ff.; Duttge, a. a. O. (Anm. 5), § 223 StGB, Rn. 10, 14; Fischer, a. a. O. (Anm. 22), § 223 Rn. 17, 19 u. a.) ということばが用いられており、この用語法は、わが国の議論にとっても参考になるように思われる。しかし、その一方で、わが国ですでに定着をみている「治療行為傷害説」、「治療行為非傷害説」という用語法も放棄しがたい。そこで、本稿では、「治療行為傷害説 (正当化モデル)」、「治療行為非傷害説 (構成要件モデル)」という表現を暫定的に用いることにしたい。

(46) v. Bar, a. a. O. (Anm. 8), S. 94 f. 圏点は原文で隔字体である。小名木明宏「バールの違法論」熊本法学98号(2000)1頁以下も参照。

(47) v. Lilientahl, a. a. O. (Anm. 31), S. 42.

(48) v. Lilientahl, a. a. O. (Anm. 31), S. 56.

(49) v. Bar, a. a. O. (Anm. 8), S. 107.

(50) v. Lilientahl, a. a. O. (Anm. 31), S. 47.

(51) v. Lilientahl, a. a. O. (Anm. 31), S. 47.

(52) v. Lilientahl, a. a. O. (Anm. 31), S. 48. リヒャルト・シュミットも、「医師が、みずからの患者に対して個別の措置についても情報提供を行い、その同意を得ることは、……医の倫理 (ärztliche Sitte) として確立されている」と述べている。R. Schmidt, a. a. O. (Anm. 31), S. 35 参照。なお、圏点は原文で隔字のところである。

(53) Bockelmann, a. a. O. (Anm. 28), S. 113 f. 参照。圏点は原文でイタリック体である。

(54) シュトースの見解について、本稿では、Stooss, a. a. O. (Anm. 25), S. 3 ff. を主に取りあげ、ders., Operativer Eingriff und Körperverletzung, SchwZStrR 6 (1893), S. 53 ff.; ders., Die strafrechtliche Natur ärztlicher Handlungen, DJZ (1899), S. 184 ff. も適宜参照した。なお、シュトースの見解を扱うわが国の先行研究として、市村・前出注(42)68頁以下、藤本・前出注(22)新報「(三)」74頁以下、司協「(Ⅲ)」48頁以下、町野・前出注(2)47頁以下、小林(公)・前出注(3)26頁以下等がある。

(55) Stooss, a. a. O. (Anm. 25), S. 6. 圏点は原文でイタリック体である。シュトー

スの議論については、中義勝『誤想防衛論——消極的構成要件要素の理論——』（1971・有斐閣）89頁以下も参照されたい。

- (56) *Eser*, a. a. O. (Anm. 20), S. 15. それにともない、シュトースは、専断的医療行為罪の創設を提案している。この点については、*Stooss*, a. a. O. (Anm. 25), S. 38, 56, 61 ff. 参照。
- (57) *Finger*, a. a. O. (Anm. 40), S. 32 参照。リリエントール (*v. Lilienthal*, a. a. O. (Anm. 31), S. 8 ff., S. 8 f. Anm. 1) も、フィンガーと同旨の批判を展開し、エドゥアルト・コールラウシュ (*Eduard Kohlrausch*, *Irrtum und Schuldbeginn im Strafrecht*, Berlin 1903, S. 97) も、これを「あさはかな解釈」として非難している。
- (58) *Wilhelm Kahl*, *Der Arzt im Strafrecht*, ZStW 29 (1909), S. 351 ff. その後、この論文は、同名のモノグラフ (*ders.*, a. a. O. (Anm. 35), *Der Arzt im Strafrecht*) として再刊されている。本稿の検討は、主として後者のモノグラフに依拠している。なお、カールの見解に関する邦語文献として、藤本・前出注(22)新報「(二)」89頁以下、司協「(Ⅲ)」53頁以下、町野・前出注(2)43頁、小林(公)・前出注(3)22頁以下等がある。
- (59) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 16. 圏点は原文で隔字体である。カールによれば、判例の同意原則にいささかの真理があるとすれば、医師の外科的侵襲は、事前に説明を受けた成人の意思に反して実施されてはならない、という点にあるという。したがって、カールの見解によれば、患者の明示的意思に反して行われた外科的侵襲は、自由に対する罪、とくに強要罪を構成することとなる。
- (60) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 17. 「なぜなら、何人も、第三者の生命および健康を放棄することはできないからであり、したがって、「いわゆる代理人の拒否的承諾」も成立しない (*ders.*, a. a. O., S. 19)」。なお、本文と脚注の圏点は、ともに原文で隔字体のところである。
- (61) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 19.
- (62) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 20. 圏点は原文で隔字体である。
- (63) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 20. 圏点は原文で隔字体である。
- (64) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 21. 圏点は原文で隔字体である。
- (65) *Schreiber*, a. a. O. (Anm. 15), S. 714 参照。
- (66) *Tag*, a. a. O. (Anm. 5), S. 440 参照。
- (67) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 21. 圏点は原文で隔字体である。

(68) *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 19. 圏点は原文で隔字体である。

(69) この点については、1909年の帝国営業令 (Reichsgewerbeordnung) を参照されたい (Zit. bei *Kahl*, a. a. O. (Anm. 35), S. 22)。なお、ドイツ法における「営業の自由」については、中島茂樹「ドイツ市民革命期における『営業の自由』(一)(二)」名古屋大学法政論集63号(1975)126頁以下、64号(1975)155頁以下、村上淳一「近代ドイツの経済発展と私的自治——『営業の自由』を中心として——」加藤一郎編『民法学の歴史と課題』(1982・東京大学出版会)351頁以下、354頁以下、赤坂正浩「ドイツ法上の職業と営業の概念」季刊・企業と法創造8巻3号(2012)85頁以下等参照。

(70) RGSt 25, 375 [378].

(71) RGSt 25, 375 [379 f.]. 圏点は原文で隔字体である。業務権説(およびこれと同質の思考方法をとる諸説)に向けられた批判については、*Joseph Heimberger*, *Strafrecht und Medizin*, München 1899, SS. 6-8; *ders.*, a. a. O. (Anm. 28), S. 20 f. のほか、藤本・前出注(22)新報「(三)」90頁以下、町野・前出注(2)43頁以下、小林(公)・前出注(3)24頁以下が詳細である。

(72) RGSt 38, 34 [34 f.]; 74, 91 [95 f.]. 一方、ライヒ裁判所1912年3月1日判決(RGZ 78, 432)は、同意原則を前提としながら説明義務に言及しているが、その説明の範囲は、もっぱら医師の裁量に委ねられており、「それら全部を教示することを医師の義務と考えるのは誤りである」と判示している。この判決は、むしろ、説明の対象が過大になることを戒めるだけで、その範囲を積極的には画定していない。このことから、当時は説明義務そのものにまだそれほど大きな意味がおかれていない、という見方が成り立つのである。その後登場したライヒ裁判所1936年11月24日判決(RGZ JW 1937, 927)も説明義務の限界を指摘し、医師に寛容な態度を示している。これらの判例の展開については、唄孝一「治療行為における患者の意思と医師の説明——西ドイツにおける判例・学説——」『契約法体系Ⅶ(補巻)』(1965・有斐閣)66頁以下、88頁以下〔同『医事法学への歩み』(1970・岩波書店)3頁以下所収、23頁以下〕、山中敬一「医師の説明義務(1)(2・完)」関西大学法学論集61巻6号(2012)1頁以下、とくに4頁以下、62巻1号(2012)1頁以下参照。

(73) 詳細は、天田・前出注(4)「(一)」9頁以下参照。

(74) 藤本・前出注(22)司協「(IV・完)」65頁。

(75) *Ernst Beling*, *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen 1906, S. 151 ff., 154 f.

(76) *Ernst Beling*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vor-
nahme und Unterlassung operativer Eingriffe, ZStW 44 (1924), S. 220 ff. (こ
の論文の紹介として、央忠雄「醫師の醫療手術と身體侵害罪（醫療手術に因る醫師
の刑責問題）（一）～（三、完）」法曹會雜誌 3 卷 4 號（1925）64頁以下、3 卷 5 號
（1925）83頁以下、3 卷 6 號（1925）68頁以下がある）。この論文は、ベーリングが
その『構成要件の理論』（ders., Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen 1930）を
上梓するまえの、初期の構成要件論に基づいて書かれたものである。ベーリングの
見解を（治療行為の問題との関係で）扱うわが国の先行研究として、西山・前出注
（25）34頁以下、町野・前出注（2）91頁以下、佐久間・前出注（25）「（一）」99頁
以下、佐藤・前出注（22）326頁以下、小林（公）・前出注（3）69-70頁注（19）
等がある。

(77) ここですべてを挙げることはできないが、たとえば、小野清一郎「構成要件充
足の理論」『松波先生還暦祝賀論文集』（1928・有斐閣）337頁以下〔同『犯罪構成
要件の理論』（1953・有斐閣）195頁以下所収〕、佐伯千仞「タートベスタント序論
（一）、（二・完）——所謂構成要件の理論のために——」法學論叢 29 卷 2 號（1933）
57頁以下、29 卷 3 號（1933）16頁以下〔同『刑法における違法性の理論』（1974・
有斐閣）95頁以下所収〕、同「ベーリンクといわゆる構成要件の理論（一）、（二）」
立命館法学 15 号（1956）1 頁以下、18 号（1957）1 頁以下、瀧川幸辰『犯罪論序
説』（1947・有斐閣）46頁以下、同「刑法における構成要件の機能」刑法雜誌 3 卷 3 号
（1950）1 頁以下、下村康正「ベーリングの構成要件論」刑法雜誌 3 卷 3 号
（1953）45頁以下、平場安治「構成要件理論の再構成」瀧川先生還暦記念『現代刑
法學の課題 下』（1955・有斐閣）535頁以下〔同『刑法における行為概念の研究』
（1961・有信堂）83頁以下所収〕、夏目文雄「犯罪構成要件構造論序説」『愛知大学
十周年記念論文集（法政編）』（1956・愛知大学法経学会）287頁以下、井上祐司
「構成要件該当性の内容について」法政研究 24 卷 3 号（1957）15頁以下、とくに 17
頁以下〔同・前出注（19）『刑事判例の研究（その一）』3 頁以下所収〕、竹田直平
「ベーリンクの構成要件の理論」法學（近畿大学）6 卷 1 号（1957）1 頁以下〔同
『法規範とその違反』（1961・有斐閣）103頁以下所収〕、西原春夫「犯罪論における
定型的思考の限界」『齊藤金作先生還暦祝賀論文集』（1963・成文堂）159頁以下、
とくに 166 頁以下〔同『犯罪実行為論』（1998・成文堂）28頁以下所収〕、立石二
六「構成要件概念について——構成要件と違法性の関係を中心に——」下村康正先
生古稀祝賀『刑事法学の新動向 上巻』（1995・成文堂）227頁以下、松宮孝明「構

成要件の概念とその機能」『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012・有斐閣) 23頁以下、28頁以下、山中敬一「ドイツにおける近代犯罪論の生成の現代的意義」法律時報84巻1号(2012) 22頁以下がある。

- (78) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 222. 圈点は原文で隔字体である。
- (79) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 222. 圈点は原文で隔字体である。
- (80) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 223.
- (81) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 223. 圈点は原文で隔字体である。
- (82) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 223.
- (83) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 224.
- (84) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 225. 圈点は原文で隔字体である。「現存在としての利益」として有害な結果をもたらす殺人罪等についても、同様のことがあてはまるという。
- (85) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 226. ベーリングは、ドイツ刑法223条の「身体的に虐待し(mißhandeln)」という文言に含まれる「ミス(miß)」という音節が身体に対する「邪悪な取扱い」を含意し(*ders.*, a. a. O., S. 226 f.)、それが『『悪行(Missetat)』、『つまり』不法と関連づけられている』ことを承認しつつも、人は、身体利益の客体として、人格として、身体組織全体として存在していなければならず、身体の健全状態を全体として促進させた行為を身体的虐待と呼ぶことはできない(*ders.*, a. a. O., S. 229)と指摘している(圈点は原文で隔字体である)。*Ders.*, a. a. O. (Anm. 75), S. 154 f. も参照。
- (86) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 230. 圈点は原文で隔字体である。
- (87) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 232.
- (88) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 232 f. 参照。
- (89) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 235 f.
- (90) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 233. ベーリングは「慣習法」に大きな意義を認め、その適用例として、たとえば、輸血や皮膚移植の場合(*ders.*, a. a. O., S. 235)、実験的治療の場合(*ders.*, a. a. O., S. 235)、手術の部位・範囲を拡大する場合(*ders.*, a. a. O., S. 238)を挙げている。
- (91) *Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 231.
- (92) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 9 参照。エンギッシュから寄せられたこの批判は、現代のわが国においても、行為無価値論と結果無価値論の対立や、実行行為論につらなる議論であると思われるが、現在の筆者にこの点を詳

論できるだけの準備はない。この点については今後の課題とし、あらためて検討の機会を設けることにしたい。

- (93) 本稿では、エンギッシュの1939年の論文 (*Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 1 ff.) を主たる検討対象として取りあげ、*ders.*, a. a. O. (Anm. 8), in: Stich/ Bauer (Hrsg.), Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, Bd. 2, S. 1521 ff.; *ders.*, Arzt und Patient in der Sicht des Strafrechts, Universitas (1965), Heft 5, S. 469 ff.; *ders.*, Heileingriff und ärztliche Aufklärungspflicht, in: Karl Engisch/ Wilhelm Hallermann (Hrsg.), Die ärztliche Aufklärungspflicht aus rechtlicher und ärztlicher Sicht, Köln/ Berlin/ Bonn/ München 1970, S. 7 ff. も参照しながら、エンギッシュの思考過程をたどることとする。なお、エンギッシュの見解を扱うわが国の先行研究として、西山・前出注(25) 39頁以下、金澤・前出注(3) 138頁以下、町野・前出注(2) 97頁以下、佐久間・前出注(25) 「(一)」 105頁以下、佐藤・前出注(22) 328頁以下、田坂・前出注(22) 362頁以下、小林(公)・前出注(3) 73頁以下、島田・前出注(3) 329頁等がある。
- (94) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 3.
- (95) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 5. エンギッシュは、同じく5頁の注(13)においても、ベーリングの前掲論文 (*Beling*, a. a. O. (Anm. 76), S. 220 ff.) を引用している。しかし、ベーリングが掲げた「行動の自由に関する(=身体の制御に関する)利益」を身体利益に数えていない点で、エンギッシュは、ベーリングよりも身体法益を客観的にとらえているとみられる。
- (96) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 8. そうだとすれば、治療行為が患者の身体利益を増進させたか、それともこれを減退させたかについては、「その治療行為が患者の意思と一致していた、一致していなかった」だけでは決まらないことになる。
- (97) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 9.
- (98) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 13. なお、この箇所の訳出に際しては、井上(祐)・前出注(19)『刑事判例の研究(その一)』69-70頁も参考にした。
- (99) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 13 f. エンギッシュの第1類型にしたがって利益衡量を行う場合、たとえ患者本人の意思だけで決断が下せない場合であっても、客観的利益に加えて、患者の意思が尊重される。なぜなら、客観

的にみて憂慮の必要がなく、もっぱら患者の利益を増進させるための医的侵襲の領域と、客観的にみて無条件に拒否すべき医的侵襲の領域とのあいだには、境界領域(Grenzgebiet)が存在するからである(*ders.*, a. a. O., S. 15 f.)。たとえば、保険金詐欺を行うために各人みずからが行う切断術、高度に実験的な意味合いをもつ医的侵襲が後者の領域にあたる。

(100) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 16 f. 参照。その場合、医的侵襲によって促進される利益は、「優越的というより、むしろチャンスとみなされるべきである」(*ders.*, a. a. O., S. 17)。このとき、エンギッシュは、共同体の利益(Gemeinschaftsinteresse)、公共の利益(Allgemeininteresse)が重要であるという主張を(おそらくは意図的に)退けている。この点については、当時の時代的・思想的背景をも考慮する必要があるであろう(詳細は、本稿第1章第5節第3款参照)。なお、フリートリッヒ・シャフシュタイン(*Friedrich Schaffstein*)は、戦後、社会的相当性論の観点から、エンギッシュと類似の結論に到達している(*Friedrich Schaffstein*, Soziale Adäquanz und Tatbestandslehre, ZStW 72 (1960), S. 369 ff., 378 f.)。シャフシュタインの見解については、西山雅明「社会的相当性の理論——ヴェルツェルをめぐる——」西南学院大学法学論集1巻1号(1968)165頁以下、177頁以下、篠田公穂『許された危険』の学説史的考察(二)——とくにドイツおよびわが国の理論をめぐる——名古屋大学法政論集63号(1975)184頁以下、189頁以下参照。

(101) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 18.

(102) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 18.

(103) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 29.

(104) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 29. エベルハルト・シュミット(*E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 92 ff.)も、「私的自治」の観点に配慮している。なお、19世紀中葉までのドイツにおける「私的自治」概念の変遷については、村上淳一「倫理的自律としての私的自治」法学協会雑誌97巻7号(1980)98頁以下、同・前出注(69)351頁以下参照。

(105) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 29.

(106) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 31 f. いうまでもなく、このことは、医師個人の能力や、患者の個人的体質にも左右される。

(107) 井上(祐)・前出注(19)『刑事判例の研究(その一)』69頁以下参照。エンギッシュは、「良心的な医師の慣行」に適合する専断的治療行為が自由に対する罪を

- 構成するとしつつ、専断的治療行為処罰規定の創設を提案している。Engisch, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 4, 35 f. 参照。
- (108) 「許されたリスク (erlaubtes Risiko)」という訳語については、甲斐克則「刑法におけるリスクと危険性の区別」法政理論45巻4号(2013)86頁以下に負うところが大きい。
- (109) Karl Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht, Berlin 1930 (Nachdruck Aalen 1964), S. 288 f. 参照。このモノグラフの邦訳として、カール・エンギッシュ（莊子邦雄＝小橋安吉訳）『刑法における故意・過失の研究』（1989・一粒社）351頁がある。なお、エンギッシュの「許されたリスク（危険）」の理論については、不破武夫『刑事責任論』（1948・弘文堂）187頁以下、190頁注（二）、井上正治『過失の實證的研究』（1950・日本評論社）30頁以下〔同『過失犯の構造』（1958・有斐閣）50頁以下所収〕、井上祐司「信頼の原則と過失犯の理論」法政研究39巻1号（1972）29頁以下、70頁以下〔同『行為無価値と過失犯論』（1973・成文堂）59頁以下所収〕、篠田公穂「『許された危険』の学説史的考察（一）——とくにドイツおよびわが国の理論をめぐって——」名古屋大学法政論集61号（1974）100頁以下、123頁以下、同「許された危険の理論についての一考察——その内在原理について——」刑法雑誌27巻2号（1986）39頁以下、44頁以下、前田雅英「許された危険」中山研一ほか編『現代刑法講座 第3巻 過失から罪数まで』（1979・成文堂）25頁以下、33頁、同『可罰的違法性論の研究』（1982・東京大学出版会）219頁以下、236-237頁、松宮孝明『刑事過失論の研究（補正版）』（2004・成文堂）27頁以下、小林憲太郎「許された危険」立教法学69号（2005）43頁以下、52頁以下〔同『刑法的帰責——フィナリスムス・客観的帰属論・結果無価値論』（2007・弘文堂）264頁以下所収〕、加藤正明「許された危険について」神奈川法学45巻1号（2012）61頁以下、77頁以下等を参照されたい。
- (110) E. Schmidt, a. a. O. (Anm. 7), S. 74.
- (111) E. Schmidt, a. a. O. (Anm. 7), S. 74. 圏点は原文で隔字体である。佐藤・前出注（22）328頁以下、小林（公）・前出注（3）74-75頁も参照。
- (112) 本稿では、エベルハルト・シュミットの1939年のモノグラフ『刑法における医師』（E. Schmidt, a. a. O. (Anm. 7), Der Arzt im Strafrecht）を主な検討対象とする（このモノグラフの紹介として、佐久間基「エーベルハルト・シュミットの治療行為非傷害説」創立20周年記念論文集発刊部会編『法学の諸課題』（1992・大阪経済法科大学出版部）229頁以下がある）。さらに、エベルハルト・シュミットの

見解を繙くうえでは、前出・『刑法における医師』の要約的論文 (*ders.*, a. a. O. (Anm. 12), *Der Arzt im Strafrecht*, in: Ponsold (Hrsg.), *Lehrbuch der gerichtlichen Medizin*, 2. Aufl., S. 1 ff.)、後出・第1筋腫判決 (BGHSt 11, 111) (本稿第2章第1節第1款1. 参照)の評釈 (*ders.*, *Anmerkung zum Urteil des BGH v. 28. 11. 1957 - 4 StR 525/ 57*, JR 1958, S. 226 f.; 以下「Anmerkung」と略記)、第44回ドイツ法曹大会報告書 (*ders.*, *Empfiehl es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt?*, in: *Verhandlungen des Vierundvierzigsten Deutschen Juristentages Hannover 1962*, Band I (Gutachten) 4. Teil, Gutachten für den 44. Deutschen Juristentag, Tübingen 1962; 以下「Verhandlungen」と略記)等も重要であるが、ここでは必要に応じて参照するとどめる。なお、エベルハルト・シュミットの見解に関するわが国の先行研究として、西山・前出注(25)41頁以下、町野・前出注(2)100頁以下、佐久間・前出注(25)「(一)」112頁以下、佐藤・前出注(22)351頁注(32)、小林(公)・前出注(3)75頁以下等がある。

(113) 社会的行為論に関する包括的な学説史研究として、宮沢浩一「社会的行為論——学説史的にみて——」*綜合法学*5巻12号(1962)32頁以下、33頁以下〔宮澤浩一『刑事法論集 第一巻 刑法の思考と論理』(1975・成文堂)333頁以下所収〕がある。エベルハルト・シュミットの社会的行為論については、*Eberhard Schmidt*, *Soziale Handlungslehre*, in: *Festschrift für Karl Engisch*, Frankfurt am Main 1969, S. 339 ff. も参照。この論文の紹介として、刑法読書会(中山研一編)「カール・エンギッシュ記念論文集の紹介(十五)」*法學論叢*93巻3号(1973)100頁以下〔藤尾彰〕がある。

(114) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 75. エベルハルト・シュミットは、75-76頁の注(29)で、その社会的行為論を展開している。

(115) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 76. 同旨を指摘するものとして、*ders.*, a. a. O. (Anm. 12), S. 35.

(116) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 76.

(117) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 76 f.

(118) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 78. 圏点は原文で隔字体である。

(119) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 79 f., 87 f. 参照。

(120) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 7), S. 87 f., 89 f. 参照。

(121) 詳細は、町野・前出注(2)103頁参照。

- (122) 本稿第3章第3節第3款1. 参照。
- (123) RGBl. 1933, I 295. 旧刑法226条aは、「被害者の承諾を得て傷害を行った者は、承諾にもかかわらず、行為が善良な風俗に反するときのみ、違法に行為を行ったものとする。」と規定する。刑法旧226条a（現228条）の制定過程については、木村 龜二「被害者の承諾と違法性」同『刑法解釋の諸問題 第一』（1939・有斐閣）305頁以下、町野朔「同意傷害」堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『判例によるドイツ刑法（総論）』（1987・良書普及会）36頁以下、とくに38頁以下、塩谷穀『被害者の承諾と自己答責性』（2004・法律文化社）130頁以下のほか、*Christian Gröning, Körperverletzungsdelikte—§§ 223 ff., 340 StGB: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1933, Berlin 2004, S. 25 ff., insb. S. 39 ff.* を参照されたい。
- (124) 刑法2条の改正による罪刑法定主義の廃止（RGBl. 1935, I 839）が、その代表例である。罪刑法定主義にかかる刑法改正は、とくに、治療行為傷害説（正当化モデル）に影響を及ぼした。なぜなら、「[治療行為] 傷害説の支持者たち（とりわけ、ライヒ裁判所）にとっては、223条の法律の文言（*Gesetzeswortlaut*）を単に指摘するだけでは（身体傷害＝『虐待』または『健康侵害』）、もはや対処することができなくなった」からである。*Engisch, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 3* 参照。圏点は原文で隔字体である。
- (125) *Engisch, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 3, 21* 参照。
- (126) *Bockelmann, a. a. O. (Anm. 28), S. 129.*
- (127) カルフェルツ（*Kallfelz, Anmerkung zum Urteil des RG v. 19. 06. 1936 – III ZR 298/ 35 (RGZ 151, 349), JW 1936, S. 3114 ff., 3115 f.*）は、「動的なナチズムの法律観」の要請として、共同体構成員が奉仕する能力がある場合にのみ優越的利益が認められると主張し、ベルトルト・ホフマン（*Berthold Hofmann, Die Berufung des Arztes und das Reichsgericht, DR 1936, S. 502 ff., 504*）も、たとえその治療に優越的な公共の利益がなかったとしても、「共同体における、病める国民同胞の構成員から治療義務が導かれる」と説く（圏点は原文で隔字体である）。一方で、カール・レットゲン（*Karl Röttgen, Der Eingriff des Arztes ohne oder wider Willen des Patienten, Köln 1937, S. 38 f.*）は、その医的侵襲を差し控えることが国民の身体・健康を危殆化する場合は、たとえそれが患者の意思に反するものであっても、医師の業務権によって正当化される、と述べている。
- (128) RGZ 151, 349. ライヒ裁判所1940年3月8日判決（RGZ 163, 129）、同裁判所1941年12月3日判決（RGZ 168, 209）も、本判決と同列に属する。*Engisch, a. a.*

- O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 19 ff.; *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 112), Verhandlungen, Ziff. 26 ff.; *Riedelmeier*, a. a. O. (Anm. 7), S. 28 f. のほか、唄・前出注(72)『医事法学への歩み』28頁以下、52頁以下、67頁注(3)、町野・前出注(2)60頁以下参照。
- (129) *Engisch*, a. a. O. (Anm. 8), ZStW 58 (1939), S. 32. この点については、さらに、青井秀夫「カール・エンギッシュの法哲学の基礎(一)——『事物の本性』論を中心として——」法学42巻1号(1978)1頁以下、6頁も参照。もっとも、雑誌論文等から垣間みえる革新的、人権擁護の傾向と、司法の現実を動かす実力の世界とのあいだに乖離がある(佐伯千仞＝小林好信「刑法学史(学史)」鶴飼信成＝福島正夫＝川島武宜＝辻清明(責任編集)『講座 日本近代法発達史 11』(1967・勁草書房)207頁以下、283頁以下参照)ことには、いつの時代も注意を要するといえよう。
- (130) しかしながら、エンギッシュやエベルハルト・シュミットの所説が、ナチスの法思想との対決をつうじて生成された反面、その主張を一部取り込んでいたことも否定できない。アルビン・エーザー(*Albin Eser*)は、エンギッシュの立場を批判的に分析し、その本質がナチス刑法学のそれと大差がないことを指摘している。*Eser*, a. a. O. (Anm. 20), S. 18 f. 参照。
- (131) その一方で、当時ようやく露呈してきたナチスの思想観、医療観の成長が、むしろかえってそれとの抵抗において、戦後、裁判所が一段と患者の自己決定権の強調を謳うことになろうとは、ある面ではじつに皮肉なことであった(唄・前出注(72)『医事法学への歩み』29頁、61-62頁注(2)参照)。
- (132) 井上(祐)・前出注(19)『刑事判例の研究(その一)』69頁。
- (133) *E. Schmidt*, a. a. O. (Anm. 112), Verhandlungen, Ziff. 67a.
- (134) そうしたなかにおいて、ライヒ裁判所1931年12月1日判決(RGSt 67, 12)、同裁判所1932年2月29日判決(RGSt 66, 181)が説明義務の範囲・程度について論じ、なお萌芽の段階にあった説明の対象に関する議論に一石を投じたことは注目に値する。唄・前出注(72)『医事法学への歩み』52頁以下、神山・前出注(25)319頁以下、324頁以下参照。

【付記①】

校正段階で、藪中悠「ドイツ刑法における傷害概念と精神的障害」法学政治学論究

99号（2013）37頁以下に接した。

【付記②】

本稿は、平成25年度科学研究費補助金（特別研究員奨励費：課題番号24・4390）による研究成果の一部である。

